

JAP

[Juristische Ausbildung & Praxisvorbereitung]

must know **Stände**

Zu den gesetzlichen Grenzen der Analogie – Über dem ABGB muss die Analogie wohl grenzenlos sein!

Maßnahmenvollzugsanpassungsgesetz 2022

Das Refoulementverbot der Europäischen Menschenrechtskonvention

Zur Anwendbarkeit des DHG auf Handlungen des Betriebsrats

Judikatur **Es steht nichts geschrieben**

Musterfall **Römisches Recht, Bürgerliches Recht, Strafrecht, Öffentliches Recht**

Seitenblick **Design Sprints als interdisziplinäres Lehrkonzept**

Redaktionsleitung
Verena T. Halbwachs

Redaktion
Barbara Beclin
Florian G. Burger
Ulrike Frauenberger-Pfeiler
Thomas Klicka
Jürgen Pirker
Roman Alexander Rauter
Hannes Schütz

Korrespondenten
Erwin Bernat
Christoph Grabenwarter
Friedrich Harrer
Ferdinand Kerschner
Alexander Schopper

2022/2023

04

MANZ 

ISSN 1022-9426

Zu den gesetzlichen Grenzen der Analogie – Über dem ABGB muss die Analogie wohl grenzenlos sein!

Nach wie vor ist die Methodenlehre ein Stiefkind in der juristischen Ausbildung. In JAP 2021/2022, 4 ff stand die Rangordnung der Interpretationsmethoden im Fokus. Im folgenden Beitrag geht es um die weitere zentrale Frage der Grenzen analoger (sinngemäßer) Anwendung.

Von Ferdinand Kerschner und Timna Kisch

Inhaltsübersicht:

- A. Einleitung
 - 1. Rechtsfortbildung und ihre Grenzen
 - 2. Rechtsprechung
- B. Analogie und teleologische Reduktion: Das „Lückenproblem“
- C. Arten von Lücken
 - 1. Echte Lücke und unechte Lücke
 - 2. Anfängliche und nachträgliche Lücke
 - 3. Bewusste und unbewusste Lücke
- D. Zweifelsregel und Umkehrschluss
- E. Weitere Grenzen der Analogie und teleologischen Reduktion
 - 1. Voraussetzungen
 - 2. Taxative Aufzählung
 - 3. Besondere Regelungen – lex specialis derogat generali
 - 4. Ausnahmeregelung
 - 5. Lückenschließung als eigener Akt
- F. Fazit

A. Einleitung

Obwohl die juristische **Methodenlehre** gerade auch für die juristische Praxis von höchster Bedeutung ist, wird dieser an den Universitäten bisher viel zu wenig Augenmerk geschenkt. Bei der Methodenlehre geht es nicht – wie manche glauben – um bloß theoretisch-akademische Spitzfindigkeiten, sondern um **gesetzstreu** **Rechtsanwendung**. Sie **bestimmt** über den konkreten Inhalt der Rechtsordnung und damit letztlich über „**Sieg**“ oder „**Niederlage**“ im Prozess. Ziel dieses Beitrags ist es, zum besseren Verständnis der Methodenlehre¹⁾ beizutragen und dabei insbesondere auch die restriktiven gesetzlichen Grenzen der Analogie aufzuzeigen. In der Praxis, vor allem, aber nicht nur des OGH, hat sich in den letzten Jahren eine wahrhaftige Analogiehypertrophie entwickelt. Das ist auch durch RIS-Abfrage (v 19. 2. 2023) deutlich erkennbar: Die Begriffe „Analogie“ bzw „analog“ führen zu einer Gesamtzahl von 12.569²⁾ Treffern für alle Höchstgerichte (VfGH: 609, VwGH: 3403, OGH:³⁾ 8557).

1. Rechtsfortbildung und ihre Grenzen

Eine oft gestellte Frage unter Juristen ist, ob eine Rechtsnorm auf Fälle „ausgedehnt“ werden kann, wel-

che eigentlich vom Wortsinn her nicht mehr gedeckt sind, oder ob sie dahingehend eingeschränkt werden kann, dass Fälle, die eigentlich vom Wortlaut her zweifelsfrei erfasst sind, juristisch „hinausfallen“. Beides ist für Nichtjuristen aber wohl ein „no go“, also fast unvorstellbar.

In der Methodenlehre existieren zur Lösung dieser Fragen die Arbeitsmittel der Analogie und der teleologischen Reduktion (diese ist nur eine besondere Form der Analogie), welche auf dem Wortlaut des § 7 ABGB basieren. Aus § 7 ABGB ergibt sich zwar sogar ein Analogiegebot, welches den Rechtsanwender zur Analogie also nicht nur berechtigt, sondern verpflichtet. Dieses Analogiegebot liegt jedoch nur bei bestimmten engen Grenzen vor, nämlich wenn „*sich ein Rechtsfall weder aus den Worten, noch aus dem natürlichen Sinne eines Gesetzes entscheiden lässt*“. Eine analoge Anwendung ist vor allem dann zulässig, wenn das Ergebnis sonst völlig gleichheitswidrig wäre. Dabei ist schon nach Zeiller, dem „Vater“ des ABGB, zu beachten, dass der Vernunft-Codex aber immer nur ein subsidiärer sein soll, „*wo der bürgerliche Codex schlechterdings nicht ausreicht*.“⁴⁾(eigene Hervorhebung).

Analogien und der Rückgriff auf natürliche Rechtsgrundsätze sind somit **nur unter restriktiven Voraussetzungen** erlaubt, wohingegen eine freie Rechtschöpfung, gar nach bloßer „Billigkeit“⁵⁾, nicht von § 7 ABGB gedeckt ist. Aus § 7 ABGB ergibt sich uE besonders auch, dass in Zweifelsfällen kein Analogieschluss zu ziehen ist (mehr dazu unter D.).

2. Rechtsprechung

UE scheinen die Gerichte immer weniger (oft) die gesetzlichen Voraussetzungen für eine Analogie ernst zu nehmen. Es gibt aber auch vorbildliche Ausnahmen,

1) Vgl schon zur Auslegung nach § 6 ABGB Kerschner/Mayr, Die Rangordnung der Interpretationsmethoden, JAP 2021/2022, 4 ff.

2) Freilich sind hier auch Entscheidungen mitenthaltend, welche eine Analogie ablehnen, die Entwicklung einer „Parallelrechtsordnung“ ist jedoch trotzdem deutlich zu erkennen.

3) Zahl inklusive Unterinstanzen.

4) Zeiller, Kommentar zum ABGB I (1811) 68.

5) Siehe wieder Zeiller, Kommentar I 69: „9. Es dürfte manchem Leser auffallen, daß der Richter in dem gegenwärtigen Gesetzbuche **nicht** so wie in dem Römischen Rechte, und in vielen Commentaren über dasselbe, **auf die Billigkeit in seinen Entscheidungen Rücksicht zu nehmen**, angewiesen wird.“ (eigene Hervorhebung)

JAP 2022/2023/14

§§ 6, 7 ABGB

Methodenlehre;
Analogie;
teleologische
Reduktion;
Umkehrschluss

wie folgender aktueller Rechtssatz zeigt, dem vorbehaltlos zuzustimmen ist:

Aus OGH 18. 10. 2022, 10 ObS 119/22 f mwN:

„Unbefriedigende Gesetzesbestimmungen zu ändern, ist nicht Sache der Rechtsprechung, sondern der Gesetzgebung; die Gerichte haben nur die bestehenden Gesetze anzuwenden; es ist hingegen keineswegs ihre Aufgabe, im Wege der Rechtsfortbildung oder einer allzu weitherzigen Interpretation möglicher Intentionen des Gesetzgebers Gedanken in ein Gesetz zu tragen, die darin nicht enthalten sind (vgl SZ 40/154)“ (eigene Hervorhebung).

Wenn sich nur alle Jurist:innen daran halten würden. Auch das Gesamtbild der Judikatur sieht anders aus, was aus den bereits oben genannten RIS-Zahlen deutlich ersichtlich ist.

B. Analogie und teleologische Reduktion: Das „Lückenproblem“

Nach der hA in Österreich handelt es sich sowohl bei der Analogie als auch bei deren Sonderform, der teleologischen Reduktion (eine Ausnahmeregel fehlt!) um zwei gedankliche Akte, nämlich erstens um die Feststellung einer Lücke und zweitens um die Schließung der Lücke. Max Leitner⁶⁾ hat allerdings vor Kurzem vertreten, dass dies verfehlt sei. Er meint, auch ohne Lücke sei Analogie zulässig. Seine These läuft also darauf hinaus, dass vom Gesetzgeber keine Norm bewusst abschließend geregelt werden könne. Wenn der Gesetzgeber aber zweifelsfrei ausdrücklich oder eindeutig nach dem erkennbaren Zweck anordnet, eine Regel solle abschließend sein, dann ist dieser Wertung uE auch eindeutig zu folgen. Ob eine solche abschließende Regelung und damit keine Lücke vorliegt, ist logische Vorfrage und stets von der Lückenschließung zu trennen. Und Leitner kommt auch leicht ohne gesetzliche Lücke aus, begründet sie nämlich selbst (wie auch viele andere), also „Mühle auf und Mühle zu“.

Beispiel: Der geplante neue § 1319b ABGB soll eine Spezialregelung für die allgemeine Baumhaftung enthalten. Daraus folgt, dass eine Analogie für Bäume zu § 1319 ABGB (Bauwerkehaftung) – wie bisher nach uA vertreten – eindeutig von vornherein auszuschließen ist. Es besteht hier keine Lücke.

Alle Folgefragen, ob bzw welche Normen (wenn auch nur teilweise) als analogiefähig in Betracht kommen, stellen sich dann erst gar nicht.

Der Wortlaut des § 7 ABGB (in zweifelhaften Fällen) umfasst sowohl Analogie als auch teleologische Reduktion (als deren Sonderform). Diese beiden methodischen Instrumente sollen richterlicher Willkür entgegenwirken. Sie sind nur unter der Beachtung restriktiver Grenzen zulässig. **Stets ist dabei auf die Absicht bzw den Plan des Gesetzgebers zu rekurrieren.** Es geht nicht um den subjektiven Plan des Rechtsanwenders!

Grundsätzlich ist der methodische Vorgang bei Analogie und teleologischer Reduktion gleich. Da jedoch in manchen Rechtsgebieten (insbesondere im Strafrecht) eine Analogie unzulässig ist oder an strengere Voraussetzungen als die teleologische Reduktion geknüpft ist, muss doch unterschieden werden.

Einfach gesagt ist bei der Analogie der Wortlaut gemessen am Normzweck zu eng und bei der teleologischen Reduktion ist der Wortlaut gemessen am Normzweck zu weit, eine Ausnahme fehlt.

Zum besseren Verständnis bzw zur Veranschaulichung einige Beispiele:

Analogie:

1. Fall: § 1431 ABGB

§ 1431 ABGB lautet: „Wenn jemanden aus einem Irrthume, wäre es auch ein Rechtsirrtum, eine Sache oder eine Handlung geleistet worden, wozu er gegen den Leistenden kein Recht hat; so kann in der Regel im ersten Falle die Sache zurückgefordert, im zweyten aber ein dem verschafften Nutzen angemessener Lohn verlangt werden.“

Eine nicht geschuldete Leistung kann aber auch aus anderen Gründen als dem im Gesetz ausdrücklich genannten Irrtum, wie beispielsweise wegen Drohung, erfolgen – ein klassischer Fall der Analogie in Form des Größenschlusses: Wenn sogar Irrtum bei der Leistung reicht, dann umso mehr der rechtswidrige Zwang dazu. Während List vom Wortlaut gedeckt ist (List begründet einen Irrtum), trifft das bei Drohung nicht zu: Der Bedrohte irrt nicht! Gleichwohl ist der Bedrohte sogar schutzwürdiger als der Irrrende!

2. Fall: Rechtsanalogie bei Gefährdungshaftung – Gefährdungshaftung in Analogie zu Sondergefährdungstatbeständen?

Ein Teil der Lehre vertritt die Auffassung, dass eine (Rechts- bzw) Gesamtanalogie⁷⁾ auch für die Grundsätze einer ganz allgemeinen Gefährdungshaftung gelten soll, also nicht nur in Fällen von einschlägigen Sondergesetzen, sondern allgemein für „gefährliche Betriebe“. Einzelfragen, wie beispielsweise haftende Personen, ersatzfähige Schäden, Haftungshöchstgrenzen, Gehilfenhaftung etc, können aber nur anlassfallbezogen und unter Beachtung der jeweils einschlägigen Bewertungsgrundlagen gelöst werden. Dieser Umstand verdeutlicht die Grenzen der Gesamtanalogie: Die deduzierte, also die abgeleitete Norm muss ausreichend bestimmt bzw bestimmbar sein, da mit der Begründung einer Gefährdungshaftung ein Eingriff in das Vermögen der potentiell Haftenden einhergeht. Da jedoch eine solche ausreichende Bestimmbarkeit bis dato weder Lehre noch Jud gefunden haben, ist eine allgemeine, durch Gesamt-(Rechts-)analogie gebildete Gefährdungshaftung uE abzulehnen.⁸⁾

Vertretbar erscheint hingegen eine vorsichtige Gesetzes-(Einzel-)analogie zu ausdrücklichen Sondernormen (zB zum EKHG).

Teleologische Reduktion:

3. Fall: § 24 Abs 3 lit a StVO

In § 24 Abs 3 lit a StVO ist ein Parkverbot vor Hauseinfahrten normiert, welches durch den VwGH jedoch dahingehend teleologisch reduziert wird, dass nach dem Normzweck der einzig berechnigte Benutzer der Hauseinfahrt nicht vom Verbot erfasst sein könne. Diese Reduktion ist allerdings problematisch, weil die

6) „Eine Analogie ist schon deshalb abzulehnen, weil gar keine Lücke vorliegt“, eollex 2020, 306 ff.

7) Gesamtanalogie wird unten (unter Pkt E. 5.) näher beschrieben.

8) Vgl Kerschner/Kehrer in Fenyves/Kerschner/Vonkilch (Hrsg), ABGB⁸ (2014) §§ 6, 7 ABGB Rz 65.

vom VwGH angenommene Ausnahme des Verbots sehr fraglich ist.⁹⁾

4. Fall: § 1174 ABGB

§ 1174 ABGB lautet: „(1) Was jemand wissentlich zur Bewirkung einer unmöglichen oder unerlaubten Handlung gegeben hat, kann er nicht wieder zurückfordern. Inwiefern es der Fiskus einzuziehen berechtigt sei, bestimmen die politischen Verordnungen. Ist aber etwas zur Verhinderung einer unerlaubten Handlung demjenigen, der diese Handlung begehen wollte, gegeben worden, so findet die Zurückforderung statt.“

(2) Ein zum Zweck eines verbotenen Spieles gegebenes Darlehen kann nicht zurückgefordert werden.“

Die überwiegende Lehre bejaht beim § 1174 Abs 2 ABGB eine teleologische Reduktion, weil der Rückforderungsausfall nur für das endgültig Verlorene gelten solle. Die Jud lehnt hier aber die teleologische Reduktion völlig zu Recht ab, da der historische Gesetzgeber die Absicht hatte, **jedes Mittel** zur Erschwerung von verbotenen Spielen zu versuchen, und dies durch eine allfällige Einschränkung des Wortlauts nicht gegeben wäre. Die Präventivwirkung des Rückforderungsausschlusses würde dadurch erheblich gemindert werden, weil der Darlehensgeber – folgte man der überwiegenden Lehre – eben immer auf Gewinn des Spiels hoffen und dadurch leichter zur Darlehenshingabe verleitet sein könnte.¹⁰⁾ Zuzustimmen ist hingegen *P. Bydlinski*¹¹⁾, der eine Rückforderung für die Fälle bejaht, in denen der Darlehensnehmer das Geld noch gar nicht verwendet hat oder damit wirksam begründete Schulden beglichen hat.

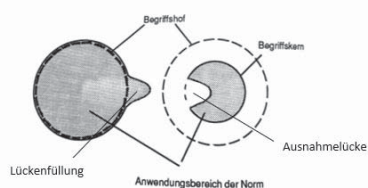
Die **Arbeitsmittel** „im Bilde“:

Analogie

zu enger Wortlaut gemessen
an der ratio legis

teleologische Reduktion

zu weiter Wortlaut gemessen
an der ratio legis



Abbildung

C. Arten von Lücken

1. Echte Lücke und unechte Lücke

Zweifelsohne ist Analogie zulässig, wenn ohne Lückenerfüllung ein Gesetz gar nicht anwendbar ist (**echte Lücke**); zB Zinsenregelung ohne Bestimmung der Zinshöhe. Zur Schließung ist aber eine analogiefähige Norm vorausgesetzt: So etwa in einem wertungsmäßig ganz ähnlichen gesetzlichen Fall die Anordnung von 4% Zinsen.

Weiteres Beispiel: Wahl ohne Regelung des Wahlverfahrens

Unechte Lücken werden auch teleologische Lücken genannt. Sie sind bei Vorliegen einer analogiefähigen Norm zu schließen, weil sonst – etwas vereinfacht ge-

sagt – das Ergebnis **völlig unsachlich** (gleichheitswidrig) wäre.¹²⁾

2. Anfängliche und nachträgliche Lücke

Bei der anfänglichen (auch primären) Lücke ist diese bereits im Zeitpunkt des Inkrafttretens des Gesetzes gegeben, wohingegen nachträgliche (auch sekundäre) Lücken zu einem späteren Zeitpunkt durch **Änderungen der maßgeblichen Sach- und/oder Rechtslage nach Inkrafttreten des Gesetzes** entstehen. Hierzu hat schon Zeiller ganz zutreffend festgestellt: „Es ist nämlich **nicht zu erwarten**, daß der Gesetzgeber bey Abfassung seiner Vorschriften über einen bestimmten Rechtsgegenstand **alle möglichen ... Fälle vor Augen habe**, oder bey einem Gegenstand alles sage, was sich darauf beziehen kann“¹³⁾ (eigene Hervorhebungen). Für das Vorliegen einer nachträglichen Lücke reicht aber eine alleinige Änderung der Faktenstrukturen, der allgemeinen Wertvorstellungen oder des Zeitgeists nicht aus, wohingegen aber jedenfalls eine nachträgliche Änderung der Rechtsordnung zu einer Lücke führen kann.¹⁴⁾ Dabei muss es sich um maßgebliche gesetzliche Grundlagen handeln. Zudem hat es um für den historischen Gesetzgeber **unvorhersehbare Umstände im regulatorischen Umfeld** zu gehen.¹⁵⁾

Beispiel:

Nach dem Gewährleistungsrichtlinien-Umsetzungsgesetz (GRUG, in Kraft seit 1. 1. 2022) sind rechtsgestaltende Erklärungen über Wandlung und Preisminderung auch außergerichtlich wirksam. Auch ein Rücktritt ist auf diese Weise wirksam. Aus systematischen Gründen muss das nun auch bei der Irrtumsanfechtung so gelten.

3. Bewusste und unbewusste Lücke

Der Gesetzgeber kann in bestimmtem Ausmaß (soweit es die Verfassung zulässt) bewusst, also mit Absicht, Regelungslücken offenlassen, welche dann nach Absicht des Gesetzgebers von Rsp und Wissenschaft geschlossen werden sollen („Auftragslücke“). Solche sind oftmals bei Generalklauseln oder unbestimmten Rechtsbegriffen gegeben.

Im Gegensatz dazu liegen **unbewusste, also ungewollte „planwidrige“ Lücken** vor, wenn der Gesetzgeber einen eingetretenen Fall, der nicht von der Regelung nach § 6 ABGB (äußerster Wortsinn als Auslegungsgrenze) erfasst ist, **nicht erkannt bzw vorhergesehen hat**.

Meist liegen diese bei den „logischen Lücken“ (auch „echte“, „technische“ Lücke, „Normlücke“; siehe oben C. 1.) vor: Eine ausdrückliche Bestimmung ist ohne Er-

9) Zu beachten ist hier nämlich, dass der Gesetzgeber möglicherweise auch Einsatzfahrzeugen stets die Zufahrt offen halten wollte.

10) Vgl *Kerschner* in *Fenyves/Kerschner/Vonkilch* (Hrsg), ABGB³ § 1174 ABGB Rz 515.

11) *P. Bydlinski* in *P. Bydlinski* (Hrsg), Prävention und Strafsanktion im Privatrecht (2016) 78.

12) Vgl näher *Kerschner*, Juristische Methodenlehre (2022) 104 ff.

13) Commentar I 63.

14) So auch nun *A. Vonkilch* in *Fenyves/Kerschner/Vonkilch* (Hrsg), ABGB³ § 871 Rz 233 und *Kerschner* in *Fenyves/Kerschner/Vonkilch*, ABGB³ § 877 Rz 4 iZm der außergerichtlichen Geltendmachung von Willensmängeln.

15) Näher *Kerschner*, Juristische Methodenlehre 125 ff.

gänzung unanwendbar. Unbewusste können aber eben auch die unechten (teleologischen) Lücken sein: Nach den Wertungen der (Gesamt-)Rechtsordnung liegt eine planwidrige Unvollständigkeit des Gesetzes vor. Dabei ist besondere Vorsicht geboten: Es geht um den Plan des Gesetzgebers.

Bei den unechten, also den teleologischen Lücken, gestaltet sich das Aufzeigen unbewusster Lücken oft schwierig. Grundsätzlich will der Gesetzgeber seine eigenen Regelungsziele konsequent verfolgen und Handlungen vermeiden, die diese konterkarieren würden. Der Gesetzgeber will idR die Verfassung sowie insbesondere den dort verankerten Gleichheitssatz beachten und keine unsachlichen und damit verfassungswidrigen Gesetze erlassen, die sodann durch den VfGH aufgehoben werden könnten. Daraus ergibt sich, dass Lückenhaftigkeit nur dort zu vermuten ist, wo es keinen sachlichen Rechtfertigungsgrund für eine Ungleichbehandlung gibt. Ansonsten ist nämlich zu vermuten, dass der Gesetzgeber „bewusst differenziert“ hat. Eine Lücke ist daher indiziert, wenn ein Gesetz nach der Absicht bzw dem Plan des Gesetzgebers unvollständig ist.

Beispiel: Die ZPO trifft keine Aussage darüber, ob die Zurückweisung der Berufungsbeantwortung bekämpfbar ist. Da das gesamte Prozessrecht vom Prinzip der Gleichbehandlung der Streitparteien durchdrungen ist, lässt sich die Vermutung berechneten Schweigens entkräften und das Vorliegen einer unbewussten Lücke aufzeigen, die durch analoge Anwendung von § 519 Abs 1 Z 1 ZPO zu beseitigen ist.¹⁶⁾

D. Zweifelsregel und Umkehrschluss

Die wohl für die Praxis der Gerichte zur Analogie wichtigste Frage ist, **ob der Richter bzw allgemein der Rechtsanwender im Zweifel für oder gegen Analogie entscheiden muss**. Die analoge Rechtsanwendung setzt Klarheit über den Plan des Gesetzgebers voraus, es ist somit im Zweifel zugunsten des Umkehrschlusses, des Gegenstücks zur Analogie und damit gegen die Analogie zu entscheiden.¹⁷⁾ Der Umkehrschluss (argumentum e contrario) lautet: Da der Fall in einer bestimmten Norm nicht geregelt ist, sind deren Rechtsfolgen auf den Fall nicht anzuwenden. Es bedarf also des **Nachweises der Gründe**, warum der erklärte Wille (§ 6 ABGB) zur Entscheidung des Falls nicht ausreicht. Diese Regel ist allgemein gültig und nicht nur für bestimmte Rechtsbereiche, wie etwa das Mietrecht, bei dem auch die Jud von der Regel „im Zweifel keine Analogie“ ausgeht.

Die Zweifelsregel folgt auch aus dem Respekt vor der Regelungshoheit des Gesetzgebers und aus dessen zu vermutender Umsichtigkeit.

Kodek kommt unserer Auffassung, dass von § 7 ABGB eine Zweifelsregel zu Lasten einer Analogie abzuleiten ist, sehr nahe, da er **keinen Raum für eine Analogie** sieht, „wenn sich keine stichhaltigen Argumente für die Erstreckung einer Norm auf andere Sachverhalte finden lassen“.¹⁸⁾

Beispiel: Die Regressregelung des § 3 DHG ist eine lex specialis zur analog zu § 1014 ABGB gebildeten Risikohaftung des Dienstgebers. Die Regel „lex specialis

derogat generali“ (siehe näher unten E. 3.) schließt nach der **Absicht des Gesetzgebers** im Bereich der Spezialregel jegliche Analogie zur Generalregel aus. Es kommt – wie mehrfach betont – nur auf die Absicht des Gesetzgebers an, nicht auf den Wunsch oder Willen des Interpreten! Es muss positiv nachgewiesen werden, dass die sachliche Nähe des unregelmäßig Falls zum geregelten Fall aufgrund gesetzlicher (!) Wertungen so stark ist, dass eine Analogie geboten ist. **Im Ergebnis gilt: Nicht der Umkehrschluss, sondern der Analogieschluss ist ausreichend zu begründen!**

E. Weitere Grenzen der Analogie und teleologischen Reduktion

1. Voraussetzungen

Unverzichtbare Voraussetzung für Analogie bzw teleologische Reduktion ist – wie oben näher erörtert – das **Vorliegen einer planwidrigen Gesetzeslücke**. Neben den echten Lücken, bei denen eine Fallentscheidung logisch gar nicht durch Auslegung möglich ist, erfüllen auch die unechten (teleologischen) Lücken diese Voraussetzung.

Eine Lücke liegt also immer dann vor, wenn der Gesetzeswortlaut gerade deshalb keine Aussage zu einer bestimmten Konfliktsituation enthält, weil der Gesetzgeber diese (bewusst oder unbewusst) nicht geregelt hat, sodass das Gesetz insofern ergänzungsbedürftig ist. Dieser wichtige Ansatz, der die Planwidrigkeit einer Lücke an die fehlende Regelung durch den Gesetzgeber knüpft, entspricht dem ursprünglichen Konzept des ABGB, auch wenn dort noch nicht der Begriff der Lücken verwendet wird, sondern von „zweifelhaften“ Rechtsfällen (§ 7) die Rede ist.¹⁹⁾

Bereits Zeiller hat zutreffend festgestellt: „Die Jurisprudenz soll das positive Gesetz beleben, nicht beherrschen oder gar unterdrücken, nicht verbessern oder gar verdrehen.“²⁰⁾ **Eine Lücke ist daher nur dann indiziert, wenn ein Gesetz gemessen an der Absicht des Gesetzgebers ergänzungsbedürftig ist!** Die Absicht des Gesetzgebers und somit auch die Planwidrigkeit des Gesetzes muss stets den gesetzlichen Wertungen entnommen werden. Man darf aber nicht ein Telos, einen Zweck ins Gesetz hineinragen, der darin gar nicht enthalten ist! Vielfach hält man sich aber nicht daran.

2. Taxative Aufzählung

Wenn der Gesetzgeber einen Lebenssachverhalt deshalb bewusst nicht geregelt hat, weil er den Eintritt von Rechtsfolgen nicht wünscht, liegt keine zu schließende Lücke vor. Wer hier eine solche annimmt, verstößt gegen das Recht! Insbesondere bei taxativen Auf-

16) Vgl dazu Kerschner/Kehrer in Fenyves/Kerschner/Vonkilch (Hrsg), ABGB³ §§ 6, 7 ABGB Rz 52.

17) Immer mehr Rechtswissenschaftler vertreten nun diese Zweifelsregel; siehe Schauer in Kletečka/Schauer, ABGB-ON^{1.02} § 7 Rz 10; Torggler in Torggler (Hrsg), Richterliche Rechtsfortbildung und ihre Grenzen (2019) 55 f ua; vgl näher auch zur Gegenmeinung Kerschner, Juristische Methodenlehre 106 ff.

18) In Rummel/Lukas, ABGB⁴ § 7 Rz 30.

19) Vgl Kerschner/Kehrer in Fenyves/Kerschner/Vonkilch (Hrsg), ABGB³ §§ 6, 7 ABGB Rz 42.

20) Commentar I 67.

zählungen ist eine solche abschließende Regelungsabsicht des Gesetzgebers gegeben. Es ist jedoch gründlich durch Interpretation zu prüfen, ob tatsächlich eine taxative Aufzählung vorliegt.

Helfen kann dabei, dass der Gesetzgeber in der jeweiligen Norm die Begriffe „nur“ oder „allein“ verwendet, die uE eindeutig auf eine taxative Aufzählung schließen lassen. Weiters unterscheidet sich die taxative Aufzählung von einer demonstrativen Auflistung dadurch, dass sie gerade keine Formulierung wie „insbesondere“ enthält.

3. Besondere Regelungen – *lex specialis derogat generali*

Wenn der Gesetzgeber bei gewissen Fällen neben einer allgemeinen Regel auch eine im Verhältnis zu ihr besondere Regelung vorsieht, liegt idR eine eindeutige, die Analogie ablehnende Regelungsabsicht vor, da der Gesetzgeber klar erkennen lässt, welches Gesetz sich gegenüber einem anderen durchsetzen soll.

4. Ausnahmeregelung

Bei der Ausdehnung von Ausnahmen durch Interpretation oder Analogie ist vorsichtig vorzugehen. Der OGH vertritt wohl überwiegend, dass Ausnahmebestimmungen idR nicht extensiv, sondern eng auszulegen sind. Eine solche Zurückhaltung ist auch bei Analogien zu Ausnahmeregeln geboten. Beispielsweise ist die von *Kramer* gelobte Analogie zu § 1319 ABGB bei Bäumen dogmatisch nicht wirklich ausreichend begründbar, da die Baumrisiken keineswegs durchgehend den Gebäuderisiken gleichwertig sind.²¹⁾ Es fehlt die vorausgesetzte ausreichende Wertungsähnlichkeit.

5. Lückenschließung als eigener Akt

Für die Schließung von Lücken im Einklang mit der *ratio legis* (Absicht des Gesetzgebers, nicht jene des Rechtsanwenders), bedarf es entweder der Einzelanalogie (auch Gesetzesanalogie) oder der Gesamtanalogie (auch Rechtsanalogie). Wenn die Rechtsfolgen einer einzigen Rechtsvorschrift auf den zweifelhaften Rechtsfall anzuwenden sind, liegt Einzelanalogie vor.

Beispiele:

§ 1052 ABGB (Zug-um-Zug-Prinzip) ist analog auf alle gegenseitigen Verträge anzuwenden; § 26 Abs 5 WRG (Kausalitätsvermutung) gilt sinngemäß in allen

Fällen der Wasserverunreinigung. Das Schriftlichkeitsgebot in § 1346 Abs 2 ABGB ist auch bei der Garantshaftung sowie bei Schuldbeitritt mit Sicherungszweck sinngemäß anzuwenden.

Wenn **mehrere Gesetze** herangezogen werden können, um aus ihnen durch Induktion²²⁾ einen gemeinsamen Regelungsgrundsatz zu entwickeln, der sodann die systemkonforme Lösung eines Lückenproblems qua Deduktion erlaubt, liegt **Gesamt- bzw Rechtsanalogie** vor.

Diese Gesamtanalogie soll also nach manchen Meinungen etwa für die Grundsätze einer allgemeinen Gefährdungshaftung gelten, die losgelöst von einschlägigen Sondergesetzen (EKHG, PHG, AtomHG, ua) generell für „gefährliche Betriebe“ gelten sollen, was allerdings uE vor allem wegen Unbestimmbarkeit maßgeblicher Einzelfragen abzulehnen ist; dazu schon oben B. 2. Fall.²³⁾

Zutreffendes Beispiel:

Aus den §§ 1162, 1117 f, 1210 ABGB und arbeitsrechtlichen Sondervorschriften wird der Rechtssatz abgeleitet, dass alle Dauerschuldverhältnisse aus wichtigem Grund auflösbar sind.

Wichtig ist, dass die Rechtsordnung auf das Bestehen einer sinngemäß anzuwendenden Rechtsnorm (Einzelanalogie) oder eines allgemeinen Rechtsprinzips (Gesamtanalogie) erst **nach Feststehen einer unbewussten Lücke** untersucht werden kann. Bei einer Gesamtanalogie ist die Zweiaktigkeit des Vorgangs deutlicher ersichtlich als bei der (Einzel-)Gesetzesanalogie.

F. Fazit

Viele Juristen haben – auch wegen fehlender entsprechender Ausbildung – kein ausreichendes Methodenbewusstsein. Vom gewünschten Ergebnis aus sucht man oft eine dazu passende Norm, die zwar vom Wortlaut aus nicht passt, aber eben „analog“, sinngemäß anzuwenden sei. Einer Analogie setzt aber § 7 ABGB enge Grenzen, die es stets zu beachten gilt!

21) Vgl *Kerschner/Kehrer* in *Fenyves/Kerschner/Vonkilch* (Hrsg), ABGB³ §§ 6, 7 ABGB Rz 31.

22) Form des Schlussfolgerns vom Speziellen auf das Allgemeine.

23) Vgl *Kerschner/Kehrer* in *Fenyves/Kerschner/Vonkilch* (Hrsg), ABGB³ §§ 6, 7 ABGB Rz 65.

→ Kontrollfrage

Was bedeutet Analogie und was teleologische Reduktion?

Welche Arten von Gesetzeslücken gibt es und worin unterscheiden sie sich?

Unter welchen Voraussetzungen ist eine (Rechts- oder Gesetzes-)Analogie zulässig bzw geboten?

→ Lerntipp

Als Juristin und Jurist ist es für eine gesetzestreue Rechtsanwendung fundamental, bereits im Laufe des

Studiums ein gewisses Minimum an Methodenbewusstsein zu entwickeln. Sonst kann sehr leicht das Recht zu Unrecht werden. Vor allem die restriktiven gesetzlichen Grenzen der Analogie müssen einer Juristin/einem Juristen deutlich bewusst sein, dazu unten unsere Literaturtipps.

→ Literaturtipp

Kerschner, Juristische Methodenlehre – Zur gesetzeskonformen Rechtsanwendung – Eine Streitschrift (2022); *Kerschner*, Zu den gesetzlichen Grenzen der





Analogie – Fast ein Duett, in FS Martin Schauer (2022) 279 ff; *Kerschner/Mayr*, Die Rangordnung der Interpretationsmethoden, JAP 2021/2022, 4 ff; *Rüthers/Fischer/Birk*, Rechtstheorie mit Juristischer Methodenlehre¹² (2022); *Torggler* (Hrsg), Richterliche Rechtsfortbildung und ihre Grenzen (2019); *F. Bydlinski/P. Bydlinski*, Grundzüge der juristischen Methodenlehre³ (2018); *Fenyves/Kerschner/Vonkilch* (Hrsg), 200 Jahre ABGB – Evolution einer Kodifikation, Rückblick – Ausblick – Methode (2012).

→ Zu den Autor:innen

Vis-Prof. Univ.-Prof. iR. Dr. Ferdinand Kerschner war Vorstand des Instituts für Zivilrecht und des Instituts für Umweltrecht an der JKU Linz und ist Visiting Professor an der Karls-Universität Prag.

Mag.^a Timna Kisch war bis Mai 2023 Projektassistentin am Institut für Umweltrecht der JKU Linz und ist nun Rechtspraktikantin.